

“POTENCIALIDADES Y LIMITACIONES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR” CENTRADAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA VIGENTE

IRMA LOVERA DE SOLA*

Fecha de recepción: 20 de enero de 2010.

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2010.

Resumen

El artículo versa sobre la forma en que ha sido implementada la mediación familiar dentro del procedimiento judicial de protección de niños, niñas y adolescentes en la nueva legislación venezolana vigente desde el año 2008.

Abstract

This article discusses how family mediation has been implemented within the family court proceedings to protect children and adolescents in the new Venezuelan legislation in force since 2008.

Palabras clave: Mediación, intrajudicial, procedimiento, juez mediador.

* Abogada y mediadora familiar. Egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), especialista en Derecho Inmobiliario y Derecho de Familia. Mediadora familiar y árbitro del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Caracas. Docente universitaria de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela.

1. Introducción

El hombre ha pasado toda su historia buscando soluciones a sus problemas, y ambiciosamente ha tratado de conseguir una sola solución para todos ellos. El transcurrir de los siglos y los acontecimientos le han enseñado que el secreto de la solución a todos sus problemas, sea cual sea su origen y naturaleza, no existe, y que debe ir buscando y encontrando soluciones particulares para cada asunto que se le presente, con el gran desgaste que eso representa, pero en este punto de la experiencia humana, ya lo sabe: una solución o incluso varias, para cada problema, así como también la experiencia acumulada indica que algunos problemas no tienen solución y que es un logro regularlos, regularizarlos, apaciguarlos, para poder convivir con ellos.

Los problemas familiares, que son los más sensibles, los más delicados, los que tocan las fibras más íntimas, y también los lazos más fuertes de cada individuo, son particularmente críticos a la hora de la búsqueda de esas soluciones, remedios o paliativos.

Existen opciones drásticas: terminar con la relación familiar; pero eso no es siempre posible, con los hijos, con la cuñada, con la abuela, con la niñera de toda la vida, e incluso con la pareja, no se puede terminar la relación. La relación de pareja puede concluir, pero no la relación como padres, porque la cercanía de los hijos, la atención de sus necesidades de afecto y comprensión, los eventos familiares que atañen a los seres queridos de ambos, tendrán que compartirlos aunque no les agrade, al menos tendrán que encontrarse y alegrarse o condolerse, según el momento; también cuando se presenta una crisis con uno de esos seres cercanos, una enfermedad, una muerte, hay que estar presente, hay que dar apoyo y compartir el dolor, la pérdida. También hay que compartir las alegrías, los cumpleaños, graduaciones, logros, y para todas esas ocasiones, es mejor que consigamos una manera no solamente civilizada de relacionarse, sino, si es posible, cordial y amigable.

En esta exploración de soluciones, desde tiempos prehistóricos, diversas civilizaciones encontraron que la palabra tiene un poder extraordinario, cuando, y solo cuando, se está dispuesto a escucharla. Y en esa misma indagación se ha hallado que cuando la palabra y su poder son usados por un tercero neutral a las partes, pero no neutral al problema planteado, encuentra su mejor expresión, su valoración y efectividad máxima.

Diversas culturas recurrieron al consejo de ancianos, al *piache*, al consejero, al confesor, *palabrero*, al *lonko* (cultura mapuche, en Chile), al guía espiritual, en fin, al mediador que en cada cultura tiene un nombre particular, para que exorcice las palabras y las escuchen quienes tienen los oídos tapados por la ira, el dolor, la rabia, el resentimiento, la decepción, y esas palabras con el poder especial que les confiere el mediador, se conviertan en la música de la serenidad, la tolerancia, la comprensión y al final, en el acuerdo pacificador.

Son muchos los ámbitos en los cuales la mediación es útil y a veces hasta necesaria, como por ejemplo los asuntos laborales, de convivencia comunitaria, temas ambientales, civiles, contractuales, comerciales, internacionales, políticos y otros muchos, siempre que no invada terrenos reservados al Poder Judicial y al Orden Público, es en el campo familiar donde florece la Mediación con mayor éxito, pese a que toca sobre un piso y techos de cristales, resquebrajados o rotos, pero restaurables, donde los sentimientos son los más profundos, los mas frágiles, los mas poderosos, pero también donde justamente y por todo eso, favorece una intervención salvadora como la que puede hacerse con la mediación.

El poder de la palabra es el valor y la motivación central de la Mediación, sin embargo debemos analizar cuáles son los presupuestos necesarios para que la intervención mediadora tenga alguna posibilidad de éxito, cuándo los intervinientes son aptos para ingresar al proceso, también cuándo legalmente está permitido acudir a la mediación.

Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de esos presupuestos ni tampoco jerarquizarlos, tenemos que reconocer que la existencia de un conflicto es necesaria pero no suficiente para que la Mediación pueda plantearse como una alternativa, conflicto entendido como una crisis puntual surgida en las relaciones interpersonales, no como crisis enfermizas o como desviaciones conductuales que impiden relaciones enmarcadas dentro de la normalidad generalmente aceptada.

2. Requisitos previos a la Mediación

Es prerequisite que las personas involucradas en el conflicto y afectadas por él estén dispuestas a asumirlo como tal y a conversarlo, a usar la palabra como medio, como herramienta para abordarlo, procesarlo, decantarlo, asimilarlo, y eventualmente resolverlo¹.

La otra condición de la instauración de un proceso de mediación es que las personas involucradas, que han reconocido tener un conflicto, estén dispuestas (o sea posible inducirlos) a participar en ese proceso, que formulen de alguna manera un pedido al mediador, o una demanda al juez, quien tendrá la potestad de iniciar él mismo el proceso de Mediación o enviar el asunto a Mediación bajo la responsabilidad de mediadores capacitados, según sea la previsión legal en el país de que se trate.²

¹. ARRÉCHAGA, P. *Acerca de la Clínica de la Mediación*, Editorial Librería Histórica, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2004. pág. 40.

². En Chile, el juez está facultado para remitir el conflicto a mediación en un ámbito no judicial; en Venezuela, el juez mismo conduce el proceso de mediación intrajudicial.

Por último, es condición indispensable para que se dé inicio a un proceso de Mediación, el deseo profundo y sincero de solucionar el conflicto, manifestado en forma clara al Mediador, a fin de que este se sienta validado para iniciar su intervención.

Ahora bien, por valiosas e importantes que sean estas tres condiciones señaladas, tanto el conflicto por su naturaleza, como las personas por sus características, deberán pasar nuevos filtros, hasta que sea realmente posible adelantar una Mediación en forma previsiblemente exitosa, o al menos simplemente procedimentalmente transitable.

3. Casos mediables y casos no mediables

No todos los conflictos ni todas las personas conflictuadas son adecuados para participar en un proceso de Mediación, pero en la mayor parte de los casos no hay otra forma para averiguar si un conflicto es o no mediable, sino iniciar el proceso, evaluar el caso y a las personas, dentro del propio dispositivo de Mediación, y descubrir, utilizando las herramientas con que cuenta el Mediador dadas por su previa formación, la realidad latente, subyacente, la verdad más profunda planteada con una fachada de simple crisis provisional en una pareja o en una familia, entre personas ligadas por nexos de parentesco. Una vez superada la etapa inicial del proceso de mediación, que es el de indagación y acumulación de información, es generalmente posible tener una idea clara acerca de la posibilidad legal y fáctica de aplicar la mediación en ese caso particular.

Es necesario señalar que la mediabilidad del conflicto, en cuanto al tema a tratar en la mediación, lo indica la ley, pero la mediabilidad basada en otros criterios que señalaremos más adelante, no los determina la ley, sino otros parámetros que los va encontrando y determinando el Mediador con sus conocimientos multidisciplinarios adquiridos durante su preparación, con sus herramientas de comunicación y su experiencia, y por qué no, también con la consulta con otros profesionales de otras ramas de las ciencias humanas que puedan orientarlo, complementarlo y apoyarlo en su labor y que constituyen su equipo de apoyo.

3.1. Conflictos mediables según su temática:

Las potencialidades de la mediación familiar son realmente poderosas, y también, debemos considerar, en Venezuela, el contenido del artículo 450-E de la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes³ (en lo sucesivo LOPNNA), que exhorta a su utilización a lo largo de todo el procedimiento judicial,

³. Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859, extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

así como también fija una oportunidad específica para practicarla (la audiencia preliminar) la contempla explícitamente y hasta podría pensarse que es obligatoria por las consecuencias que implica la inasistencia de las partes a la audiencia de mediación que es el inicio de su aplicación, *“salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley”*.

Debido a esta precisión de la ley que por un lado apoya el desarrollo de estos medios alternos y en particular a la mediación intrajudicial, pero por otro lado restringe su aplicación en casos expresamente señalados o que por su naturaleza la Mediación no sea adecuada para resolverla, toma pertinencia nuestro tema acerca de los conflictos destinados a Mediación que denominaremos **“mediables”**, aquellos en que este instituto puede mostrar su plena potencialidad, y por el contrario, los que no deben ser llevados a Mediación que denominamos **“no mediables”**, y que constituyen las limitaciones a la Mediación. Sin embargo, debo señalar que además que los casos en los cuales la propia ley señala que no es aplicable este medio alternativo de resolución de conflictos, agregaré, también, los casos en que por otras circunstancias tampoco es prudente o pertinente utilizarlo.

Así pues, no es únicamente la ley la que señala con su normativa qué casos serán mediables y cuáles no, sino que nuestra indagación va mas allá y se adentra en temáticas y en circunstancias en las cuales la ley no es aplicable, debido a que son otras las disciplinas llamadas a guiarnos en este laberinto, o son temas, conflictos o crisis (aunque particularmente a los abogados nos parezca imposible) no legales, es decir, donde la ley nada tiene que decir o disponer y la mediación sí puede dar su aporte.

3.1.1. **Divorcios:** sabemos que la ruptura misma del vínculo matrimonial no depende de las partes, sino de la ley, por lo tanto la disolución del vínculo matrimonial no es mediable, es atribución exclusiva del juez, pero sí son mediables otros tópicos que se suscitan alrededor del proceso de divorcio, como lo son la regulación de las relaciones entre los integrantes de la pareja que enfrenta un procedimiento de divorcio, durante y después del proceso judicial mismo, su relación con los hijos, la partición del patrimonio común, son algunos de los temas que con mayor frecuencia se presentan a Mediación y en términos generales son mediables.

3.1.2. **Guarda o custodia de los hijos:** la custodia de los hijos es una parte de la guarda, denominada por la nueva LOPNNA como responsabilidad de crianza y es uno de los derechos de los niños y adolescentes a tener contacto directo, constante y frecuente con sus padres; si consideramos que ambos padres son personas sanas, emocionalmente equilibradas y capaces para que los hijos se benefician de vivir en forma estable con uno de ellos, este tema de la guarda o responsabilidad de crianza y la custodia a favor de uno u otro de los progenitores, o lo que se denomina *“guarda o custodia compartida”* o conjunta, es un tema mediable.

- 3.1.3. **Fijación de la pensión de alimentos ahora denominada obligación de manutención:** es un asunto típicamente mediable, ya que la ley deja un amplísimo margen de negociación al señalar que el parámetro fundamental para su fijación está dentro del terreno de la capacidad económica de los padres en armonía (no en contraposición) con las necesidades de los hijos. La Mediación es capaz de convertir un mezquino regateo en un proceso que contemple las verdaderas necesidades de los hijos o del beneficiario de la pensión (hermanos, padres, abuelos) y tome en consideración la verdadera capacidad económica del obligado, con las variantes de buenos y malos tiempos, desempleo, necesidades propias del obligado, compromisos previamente adquiridos y todas las variables posibles en estos casos. Así como también la Mediación puede acercar más a las partes a satisfacer tanto las aspiraciones que tienen con el cumplimiento de esa obligación alimentaria, como sus intereses legítimos, no solamente sin perjudicar a los hijos, sino, por el contrario, amparándolos en forma integral.
- 3.1.4. Régimen de visitas o régimen de convivencia familiar: también en este tema las posibilidades de Mediación son extensas, ya que la variedad de intereses, necesidades, horarios, tiempos disponibles, requerimientos de los hijos, variación de la necesidad de contacto con el progenitor que no tiene la guarda según las edades, aptitudes, gustos, compatibilidades, etc., de los hijos con los padres, es casi infinita y la rigurosidad de soluciones típicas adoptadas por las decisiones judiciales, cuando los jueces se encuentran ante la imposibilidad de dilucidar diferencias sutiles de caso a caso, y el mandato de imparcialidad del juez, lo lleva a determinar regímenes que, en muchos casos, no se ajustan a la realidad de esa familia en particular, de esa madre o padre específico y de esos hijos con necesidades y deseos muy particulares que requieren soluciones a su medida que sí se pueden lograr en un proceso de Mediación. La Mediación sí puede ofrecer alternativas flexibles, practicables y adaptadas a la medida de cada padre, cada madre y cada hijo. La Mediación permite explorar cada situación particular y ofrecer el soporte necesario para que cada familia adopte el régimen que mejor se acomode a sus peculiaridades específicas y a la vida, profesión y demás atributos de cada persona, dando cumplimiento a la obligación legal de fijar la manera como se desarrollará esa relación constante, ese intercambio de vivencias entre hijos y padres, cuando uno de ellos o ambos no convive con los hijos.
- 3.1.5. Particiones de bienes conyugales o familiares: en las particiones de bienes familiares, sean conyugales, sucesorales, comunidades de cualquier tipo, las mediaciones han podido demostrar su efectividad, al no limitarse a sacar cuentas, hacer sumas, restas, divisiones y partir con instrumento filoso un patrimonio, lo cual puede dejar económicamente desvalido

a alguno, varios o todos los interesados y hacer una verdadera diferencia que conjugue los cálculos aritméticos con la equidad y la conveniencia razonable de las partes, haciendo posible armoniosas relaciones posteriores a la partición.

Las particiones usualmente se convierten en un regateo interminable y perjudicial, en el cual muchas veces ante la imposibilidad de que los implicados acepten el avalúo de uno o varios de los bienes que forman el patrimonio a dividir, deciden venderlos todos y repartir el dinero que quede después, con lo cual la mayor parte de las veces se vende apresuradamente y sin tomar en consideración las desfavorables condiciones del mercado en ese momento, y así salen perjudicados todos, sin dejar de mencionar que estas ventas pueden generar tributos fiscales que pudieron evitarse o minimizarse. También es importante señalar que las particiones a la mitad de un patrimonio formado con esfuerzo de las partes involucradas, no siempre es la fórmula más equitativa, y que la ley no da mas alternativa que la partición al cincuenta por ciento para cada uno, en cambio la mediación hace posible la consideración de valores no monetarios para proceder a la partición.

- 3.1.6. Conflictos familiares no jurídicos: hay conflictos que existen dentro de las familias, pero que las leyes no regulan, como por ejemplo la relación de los padres con los hijos adolescentes, o con los hijos del otro cónyuge, aunque la nueva LOPNNA contempla la posibilidad de obtener un régimen de convivencia familiar (visitas) del niño con terceros no parientes, este, en mi opinión no sería un derecho en el sentido tradicional, sino una posibilidad que la ley ha querido abarcar porque la realidad de las familias contemporáneas que en muchos casos no están integradas por personas ligadas por los nexos de la sangre, lo imponen, así por ejemplo también el régimen de visitas para el padrino de los niños (nexo religioso), y una enorme variedad de asuntos familiares que las leyes no contemplan o simplemente temas ignorados por la legalidad formal. En estos asuntos la Mediación es una cantera de posibilidades. Puede llegar a armonizar el interés de un padrastro que se ha separado de la madre, con el deseo de tener contacto frecuente con el hijo de ella, con quien ha vivido bajo el mismo techo durante muchos años y ha surgido un afecto que merece respeto, y así podemos imaginar múltiples situaciones no reguladas legalmente que pueden ser tratadas y resueltas o reguladas mediante un proceso de mediación.

3.2. Conflictos mediables por las características de los intervinientes

Las características de las personas intervinientes en la Mediación, que no deben llamarse “*partes*” sino **mediados**, son determinantes para decidir si ellas pueden o no participar del proceso de Mediación.

Para que las unas personas en particular puedan iniciar y llevar adelante un proceso de Mediación con alguna posibilidad de éxito, es indispensable señalar que deben ser personas:

- **Emocionalmente sanas**, aunque estén afectadas por la crisis que encaran temporalmente.
- Con el deseo de **solucionar los conflictos** de manera civilizada, mediante el diálogo.
- **Conscientes que por el hecho de ser familia o de tener afectos en común, tendrán que continuar tratándose**, encontrándose y compartiendo los problemas de los hijos u otros parientes o amigos, por el resto de sus vidas, y es preferible que lo resuelvan de la mejor forma posible, sin dejar sentimientos heridos, sin venganzas ni posturas irreconciliables que terminan por desbaratar a las familias creando facciones de parientes enfrentados, quizás para siempre.
- **Cuando el conflicto afecta a otras personas** y los intervinientes lo saben y quieren evitar afectar a terceros, que pueden ser los hijos, los abuelos, amigos de sus hijos, parientes, etc., esas personas están aptas para entrar en una Mediación.

En fin, personas responsables, capaces de superar el momento difícil que viven y ver más lejos y más alto, visualizar y privilegiar los intereses de sus seres queridos, y principalmente de los hijos, para arribar a una solución, a un acuerdo o a un convenio de regularización de sus relaciones con esos seres de quienes ellos muchas veces son paradigmas.

Limitaciones de la Mediación – Casos no mediables:

También en los casos que considero no son mediables, podemos hacer un intento de clasificación en base a los temas de que se trate y también según las personas que están afectadas por la crisis o conflicto, que serían quienes deberían participar del proceso de Mediación.

Si bien es cierto que el artículo 177 de la nueva LOPNNA establece las competencias de los Tribunales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, también lo es que esa enumeración no significa que necesariamente la Mediación queda excluida de todos esos temas. Son otras disposiciones aisladas de esa misma ley y otras concentradas en un mismo artículo las que señalan la mediabilidad o no de los asuntos familiares, y eso me propongo indicar de seguidas.

3.2.1. Conflictos no mediables en virtud del tema de que se trate:

- 3.2.1.1. La ruptura misma del vínculo matrimonial, es decir el divorcio, la nulidad y la separación contenciosa, no son mediables, ya que la preserva-

ción o ruptura del vínculo conyugal es reserva legal y por lo tanto de la exclusiva jurisdicción del juez. Es al juez a quien corresponde apreciar si la causal invocada en el divorcio contencioso, ha sido debidamente demostrada y acordar o no la disolución del vínculo.

- 3.2.1.2. La atribución o privación de la Patria Potestad, es de estricta reserva para la decisión del juez⁴, y tiene causales taxativamente señaladas que deben ser probadas en forma fehaciente y concordante en el procedimiento judicial y con fundamento en las actas del expediente, el juez decidirá al respecto.
- 3.2.1.3. Establecimiento de la Filiación o desconocimiento de ella, también es de Orden Público y por lo tanto no mediable, ya que afecta el estado civil de las personas, cuya decisión está reservada al Poder Judicial.
- 3.2.1.4. La colocación familiar o en entidad de atención, no es mediable, ya que se aplica en casos de abandono o maltrato a niños y adolescentes, y debe privar el interés superior del niño cuyos intereses y derechos están generalmente reñidos en estos casos con los de sus padres o cuidadores, que los han sumido en ese estado de desamparo; por lo tanto no podrían mediar los padres o cuidadores para dilucidar el mejor lugar donde ubicar al niño y que sea protegido debidamente, cuando han sido ellos mismos quienes no lo han hecho cuando les correspondía y podían decidir sobre sus hijos.
- 3.2.1.5. No es mediable la adopción ni la nulidad de la adopción, porque corresponde también al juez, con el apoyo de las entidades de protección y el equipo multidisciplinario, quien deberá establecer la conveniencia de la adopción de un infante o adolescente, y por lo tanto en estos casos tampoco cabe mediación.
- 3.2.1.6. No son mediables las rectificaciones y nulidades de partidas o actas relativas al estado civil de niños, niñas y adolescentes.
- 3.2.1.7. No son mediables los casos basados en los párrafos 3º y 5º del Artículo 177 del la nueva LOPNNA, es decir, los casos remitidos al Poder Judicial por los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, bien sea disconformidad con decisiones, actuaciones, actos administrativos o medidas aplicadas por ellos, abstenciones, sanciones o cualesquiera otras que deban resolverse judicialmente.

⁴. En Venezuela.

Así como tampoco son mediables las acciones judiciales de protección contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos, de los niños y adolescentes.

De manera específica la nueva LOPNNA señala que se omitirá la fase de mediación en los procedimientos de protección en los casos de adopción, colocación familiar o entidad de atención y en los relacionados con infracciones a la protección debida a los niños, niñas y adolescentes, con lo cual redundaría en señalamientos que se encuentran dispersos en el texto de la ley, y que en este artículo se enfocan desde el punto de vista de la imposibilidad de someterlos a mediación.

Igualmente en el artículo 519 de la misma LOPNNA, se señala acertadamente y sin temor de incurrir en repeticiones, y con el objetivo de delimitar adecuadamente las facultades de los jueces y las de las partes, que no son homologables los acuerdos sobre los mismos tres temas indicados en el párrafo anterior, es decir: la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención, y las infracciones a la protección debida, con lo cual en forma indirecta determina que no son mediables esos asuntos, puesto que si se llegare a algún acuerdo, el mismo, por expresa prohibición legal, no podría ser homologado y carecería de validez.

3.2.2. Asuntos no mediables por las características de las personas involucradas:

Realmente el título de este aparte debería ser el de personas no aptas para entrar o participar de un proceso de Mediación, porque es la condición particular, temporal o permanente de una persona lo que cuenta para que sea capaz o no de transitar en dispositivo mediador.

No será posible mediar entre participantes que estén:

- 3.2.2.1. Afectados por graves problemas de salud, bien sean agudos o crónicos, y casos de enfermedades terminales, alcoholismo, drogadicción.
- 3.2.2.2. Enfermedades psíquicas, en general psicopatías que afecten la capacidad de decisión del participante, su capacidad de conocer y evaluar la realidad con la finalidad de situarse en un escenario realista y avanzar hacia una toma de decisión adecuada, conveniente, ajustada y practicable.
- 3.2.2.3. Depresión profunda que afecte a alguno de los participantes y que trastorne su capacidad de decidir, de tomar perspectiva y proyectar su conducta y la de quienes dependen de él, hacia el futuro y percatarse de las consecuencias.
- 3.2.2.4. Duelo reciente por el fallecimiento de un familiar cercano o de una persona muy querida, de uno de los participantes.

- 3.2.2.5. Pérdidas económicas o materiales graves y recientes de las cuales la persona no ha tenido tiempo de adaptarse, como podría ser la pérdida de la vivienda (deslave, terremoto, ejecución de hipoteca, remate).
- 3.2.2.6. Desempleo reciente que afecta la autoestima del participante.
- 3.2.2.7. Cuando está en juego la custodia de los hijos y uno de los progenitores constituye un peligro para la salud física o mental de los hijos, en esos casos especiales, la custodia se convierte en un asunto no mediable, porque deberá ser el juez con estricto apego al principio del interés superior del niño quien deba decidir al respecto. Igual puede señalarse en casos de régimen de convivencia (régimen de visitas) si por algún motivo debidamente establecido en el proceso, uno de los padres no deba tener contacto con los hijos.
- 3.2.2.8. Cuando uno o varios de los participantes de una mediación tienen una relación de dependencia económica, emocional o de cualquier otro tipo, de otro de los participantes, al punto que no tienen libertad de decisión.

En general son situaciones en las cuales las partes o mediados no están en situación de igualdad el uno frente al otro, debido a lo que en Mediación se denomina “*desequilibrio de poder*”, bien sea por una incapacidad derivada de afecciones de salud u otro de los motivos enumerados o alguno semejante, o un desequilibrio de poder derivado de la forma en que esas personas se han venido relacionando, en que una de ellas es claramente dominante sobre la otra, por ejemplo en el caso de que uno de los cónyuges siga enamorado de su pareja, y el otro no, que uno haya tomado la decisión sorpresiva de separarse, o que exista una total dependencia económica del uno hacia el otro, la existencia de hijos con deficiencias mentales o de salud graves y crónicas (autismo, retraso mental) o cualquiera otra situación en que una de las partes no es realmente libre de tomar decisiones debido a que está evidente o subrepticamente presionada por la otra parte o por las circunstancias, en fin, está en desventaja.

En estos casos, el tema puede ser mediable, pero la particular situación de uno de los participantes o de ambos, no permite iniciar o continuar el proceso de la Mediación.

En este punto de nuestra explicación, el principio general que podemos enunciar para orientar acerca de si un caso es o no mediable, es en primer momento formular la pregunta acerca de la disponibilidad o no del tema o asunto sobre el cual versa el conflicto: si se trata de un asunto de Orden Público, si es un tema no transable, no será mediable; por el contrario, si es un punto disponible, transable, en el cual no hay prohibición legal de llegar a acuerdos, entonces será mediable.

Establecido este aspecto de la Mediabilidad del tema conflictivo, debemos analizar la condición personal de los involucrados, su sanidad mental, su momento de vida, su equilibrio, su capacidad para llevar adelante un proceso civilizado de diálogo, para profundizar en causas, intereses, deseos, su disposición a cooperar en la búsqueda de soluciones y una vez establecido esto, será que el proceso pueda comenzar, o si se ha iniciado, pueda continuar.

En resumen, la posibilidad de aplicar mediación a una crisis familiar, viene dada por la confluencia de múltiples factores, entre los cuales están los señalados, pero estos no son todos; la vida familiar es tan variada y sorprendente, que con seguridad existen muchos otros elementos que favorecen y permiten la mediación y otros muchos que la desaconsejan o la prohíben. Así también habrá ingredientes que la benefician (como la disposición de las partes a favor de los hijos) y otros que la entorpecen (participante mentiroso, introvertido, conflictivo, agresivo). La Mediación es tan variada como la vida misma.

El resultado de una Mediación exitosa es un acuerdo (total o parcial) practicable, adaptado a las necesidades particulares de esa familia y de esa situación, y además debe ser un acuerdo homologable, es decir, que verse sobre asuntos o temas transables o disponibles, mediables.

Mención aparte merecen los casos de violencia intrafamiliar:

La afirmación más común, y en mi opinión válida, es: la violencia intrafamiliar no es mediable.

La violencia intrafamiliar (física o psicológica), bien sea hacia la mujer, hacia el hombre, hacia los hijos, hacia parientes o hacia los ancianos que forman parte de la familia, provoca la más profunda vulnerabilidad por parte de la víctima, de esa violencia. Si la víctima es la mujer, ella estará aterrada frente a una remota posibilidad de llegar a un acuerdo con su victimario y que este pueda sentir que su víctima se aprovechó de la momentánea situación de protección que le brinda el proceso de Mediación para librarse de él o para obligarlo a suscribir un acuerdo que en otra situación le sería inaceptable.

Si las víctimas son los hijos, el padre y/o madre afectados por el maltrato a sus hijos, también están en desventaja y quedan desequilibradas las opciones de solución y las posibilidades de tomar una decisión libre. El maltrato de hijos hacia los padres es otra situación más frecuente de lo que parece a primera vista, que imposibilita la Mediación. El temor paraliza a la persona, a la víctima o le obliga a tomar decisiones equivocadas, nada claras o abiertamente desventajosas, a veces para evitar la ira o la molestia de su victimario y provocar nuevos maltratos.

Considero que las personas inmersas en situaciones de violencia intrafamiliar,

requieren, según el caso, protección y terapia, y en otros casos de una sanción, y, al menos en un primer momento, no es practicable una Mediación que podría producir resultados equívocos, incluso acuerdos impracticables en los que una parte cede a los requerimientos de la otra porque está aterrorizada, es decir, no decidirá con libertad, que es uno de los presupuestos indispensables de la Mediación, que pretende justamente lograr la concordia familiar, pero nunca a costa de la seguridad y la integridad física y psicológica de alguno de los miembros del grupo familiar.

Debe tomarse en cuenta que las víctimas de violencia intrafamiliar lo ocultan, sienten (además de temor) vergüenza por lo que ellas consideran es dejarse maltratar y no lo confiesan, y además esperan, desean, confían en la redención de su agresor, lo cual es un escenario imposible para la Mediación, porque significaría dejar a la víctima a merced del victimario.

Ahora bien, es indispensable señalar que las situaciones de violencia intrafamiliar no llegan a los mediadores previamente rotulados como tales, en la mayor parte de los casos, es durante el proceso de la Mediación que el mediador se percata de la situación de maltrato psicológico y/o físico hacia uno de los integrantes de la pareja, de sus hijos, de un familiar que convive dentro del mismo grupo familiar, y es en ese momento que el mediador debe tomar la decisión de suspender la Mediación, debido al desequilibrio existente entre las partes que imposibilitan la sana toma de decisiones y un acuerdo digno, sustentable y duradero en el tiempo, es decir, respetable, digno y practicable. También debe decidir el mediador de qué forma manifestará a los mediados su decisión de no continuar el proceso sin exponer a la víctima que ha intentado ocultar la situación en que vive, e igualmente debe considerar la posibilidad de recomendar una terapia individual o familiar, según lo estime adecuado a ese caso concreto. Es necesario aclarar que no es la violencia en sí, que ya es un grave problema, es el desequilibrio entre las partes lo que genera la suspensión temporal o definitiva del proceso de Mediación.

Sin embargo, debo señalar que hay autores que postulan que cuando entre las partes ha habido un único incidente aislado de violencia, la mediación es posible, pero no suscribo esa opinión, ya que quien agrede una vez en situación crítica, de tensiones, de crispación familiar, puede volver a hacerlo, y la víctima de una o varias agresiones está igualmente intimidada y no es el escenario apropiado para mediar.

4. Conclusión

Avalo la afirmación de que lo mejor que puede suceder a una persona que atraviesa una crisis familiar, es toparse con un mediador capacitado para ejercer su labor en la mejor forma y solventar el conflicto de manera civilizada, atendiendo a los derechos e intereses de todos los integrantes de la familia, sin dejar heridas incurables,

pero aún así hay que reconocer que la Mediación no es aplicable universalmente a todos los casos ni a todas las personas, en algunos casos porque no se puede aplicar Mediación y en otros casos porque no se debe, por los motivos que he esbozado y por muchos otros que no es posible enumerar y explicar en forma exhaustiva, pero la Mediación sí es un tesoro del cual los seres humanos están legitimados para apropiarse en beneficio propio, de la familia y de la comunidad en que viven.

Bibliografía

ARRÉCHAGA, P. *Acerca de la Clínica de la Mediación*, Editorial Librería Histórica, Colección Visión Compartida, Buenos Aires, 2004